



DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE

Kurfürstendamm 195 | 10707 Berlin | Telefon + 49.30.327 787 - 0 | E-Mail office@db-law.de | www.db-law.de

DIERKS + BOHLE

AG MEDIZINRECHT IM DAV
Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Beteiligungsmodelle auf dem Prüfstand

Düsseldorf, 15. November 2013

Rechtsanwalt Dr. Daniel Geiger, Berlin

www.db-law.de

Stand: November 2013 Seite 2

Agenda

- I. Einleitung
- II. Beteiligungsmodelle auf dem Prüfstand des Berufsrechts
- III. Beteiligungsmodelle auf dem Prüfstand des SGB V
- IV. Beteiligungsmodelle auf dem Prüfstand des Strafrechts

I. EINLEITUNG

[illegible]

DIERKS + BOHLE

Zusammenarbeit im Gesundheitswesen in der kriminologischen Wissenschaft

Die Studie des GKV-Spitzenverbandes Bund

„Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch Zuweisung gegen Entgelt“



PRESSEMITTEILUNG

Berlin, 22. Mai 2012

Studie belegt: Zuweisungen gegen Entgelt keine Einzelfälle – erhebliches Korruptionspotential

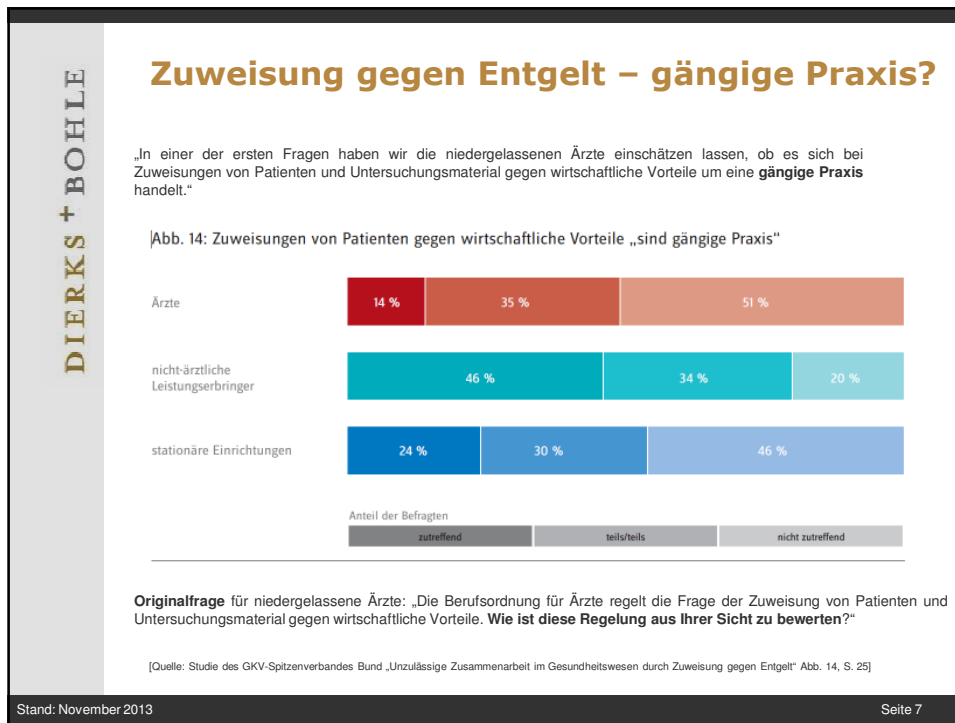
Fangprämien sind im deutschen Gesundheitswesen keine Ausnahme, sondern gängige Praxis, so beschreiben niedergelassene Ärzte, leitende Angestellte von stationären Einrichtungen sowie nicht-ärztliche Leistungserbringer die aktuelle Situation. Im Rahmen eines wissenschaftlichen Studie im Auftrag des Bundesgesundheitsministeriums haben die beiden offenbar größten Anbieter von Fangprämien im deutschen Gesundheitswesen, die Bundesärztekammer und der Spitzenverband der Krankenkassen, eine gemeinsame Studie durchgeführt. Die Ergebnisse sind in der Pressemitteilung zu finden.

„Fangprämien sind im deutschen Gesundheitswesen keine Ausnahme, sondern gängige Praxis...“

Die Studie zeigt, dass die Zuweisung von Patienten gegen Entgelt ein weitverbreitetes Phänomen ist. Dies führt zu einer Verzerrung der Versorgung und ist als Korruption zu betrachten. Die Studie ist im Auftrag des Bundesgesundheitsministeriums durchgeführt worden.

... so beschreiben niedergelassene Ärzte, leitende Angestellte von stationären Einrichtungen sowie nicht-ärztliche Leistungserbringer die aktuelle Versorgungspraxis...“

Stand: November 2013



DIERKS + BOHLE

II. BETEILIGUNGSMODELLE AUF DEM PRÜFSTAND DES BERUFSRECHTS

Stand: November 2013 Seite 8

Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Art. 12 GG: Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit

- von Art. 12 GG mitumfasst: **Zweit- und Nebenberuf**
 - ➔ Verbot nur bei Beeinträchtigung eines **besonders wichtigen Gemeinschaftsgutes**
- § 1 Abs. 2 BOÄ: Arzt = **Freiberufler** ≠ Gewerbetreibender
- § 3 Abs. 1 MBO-Ä: **Inkompatibilität** von Tätigkeiten, die mit den „ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar“ sind
 - ➔ Wahrung der Unabhängigkeit und Integrität des ärztlichen Berufs
- § 3 Abs. 2 MBO-Ä: Unzulässigkeit der (des Mitwirkens an der) **Abgabe von Waren** und anderen Gegenständen sowie der **Erbringung gewerblicher Dienstleistungen in Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit**, soweit Produkt oder Dienstleistung nicht notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie

Art. 3 GG: Gleichheitsgrundsatz

Stand: November 2013

Seite 9

Berufsrechtliche Ausgangslage

- § 30 MBO-Ä: Wahrung der **ärztlichen Unabhängigkeit**
- § 31 MBO-Ä:
 - Abs. 1: Verbot der **Zuweisung gegen Entgelt**
 - Abs. 2: **Empfehlungs- / Verweisungsverbot**
- § 32 MBO-Ä: **Zuwendungsverbot** (Cave: ausreichend ist, dass der **Eindruck** erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird), aber Privilegierungen / Klarstellungen (?):
 - Abs. 1 S.: Zuwendung auf **sozialrechtlicher Grundlage** und medizinisches Primat
 - Abs. 2: sog. „**Fortbildungssponsoring**“ (Cave: a. A. BO-Ä Nds.)
 - Abs. 3: sog. „**Veranstaltungssponsoring**“
- § 33 MBO-Ä: **Angemessenheits- und Schriftlichkeitspostulat** bei vertraglichen Kooperationsbeziehungen mit der Industrie. **Vorlagegebot** („soll“).

Stand: November 2013

Seite 10

Schutzgütertrias

1. Primat der medizinischen Entscheidung
2. Wahlfreiheit der Patienten
3. Vermeidung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile

Stand: November 2013

Seite 11

Der „Vorteil“

Unter Vorteil ist

„jede Leistung zu verstehen, auf die der Berufsträger [oder Dritte] keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert“.

[so zum Amtsträger: BGHSt 47, 295, 304]

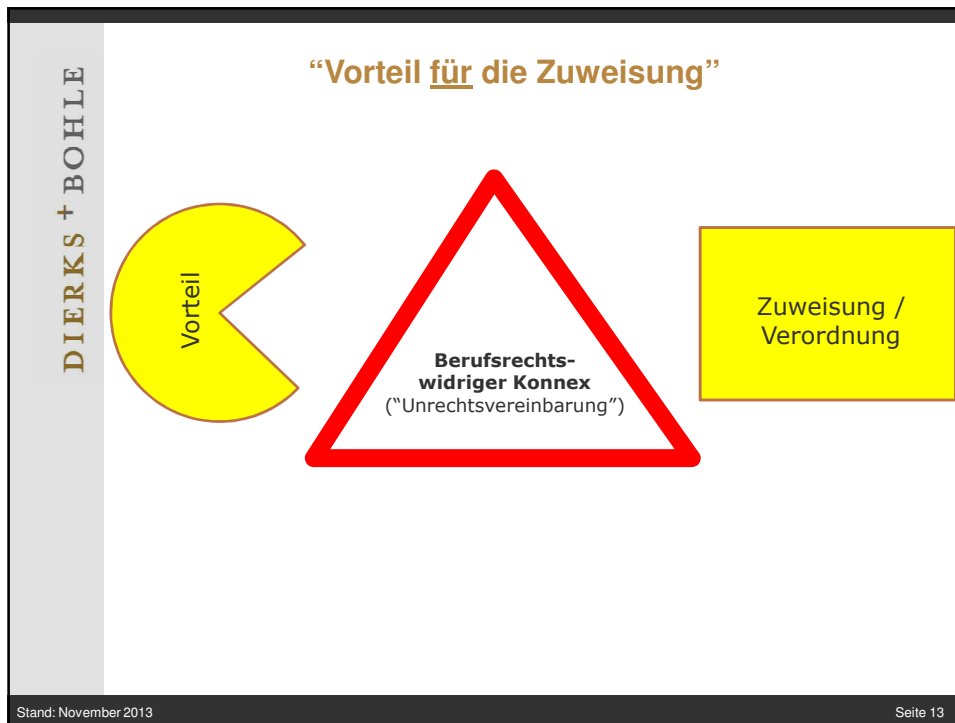
z. B.:

- Geldleistungen (z. B. Bargeld, Überweisungen etc.)
- Sachleistungen (z. B. Bücher, Wein etc.)
- Geldwerte Leistungen (z. B. Gutscheine, Freikarten etc.)
- Einladungen und Bewirtungen
- Aufwendungsersatz (z. B. Reisekosten)
- Ersparte Aufwendungen (z. B. zinslose Darlehen)
- Kostenlose Dienstleistungen
- Einladungen zu Informationsveranstaltungen und Repräsentationsreisen
- Bezahlten Nebentätigkeiten (z. B. Vortragstätigkeit)
- Gewinnanteile / Einnahmen aus gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen

für den Berufsträger **oder Dritte** (Sonderproblem: «mittelbare Beteiligung», s. u.).

Stand: November 2013

Seite 12



DIERKS + BOHLE

Die „Hörgeräteversorgung-II-Entscheidung“ des BGH

BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 112/08

Rn. 69 (juris):

„**Vorteile** im Sinne von § 31 NdsBOÄ können **auch Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung** sein.“

- Verstoß immer (+), wenn **Verweisung kausal** für dem Arzt zufließenden Vorteil
- Daher Verstoß (+), wenn Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes **unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen** oder dem damit erzielten Umsatz abhängen.

Rn. 70 (juris):

„Differenzierter zu beurteilen sind Fälle, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über **allgemeine Gewinnausschüttungen**, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist.“

Verstoß idR (-) bei Beteiligung des Arztes „an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen, wenn bei objektiver Betrachtung ein **spürbarer Einfluss** der Patientenzuführungen des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung **ausgeschlossen** erscheint.“

Stand: November 2013 Seite 14

Beurteilungskriterien für Zulässigkeit eines Beteiligungsmodells - BGH

BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 112/08 (Rn. 70 – juris):

- Gesamtumsatz des Unternehmens
- Anteil der Verweisungen des Arztes an Gesamtumsatz
- Höhe seiner Beteiligung
- Gesamtwert der Rückflüsse (wenn „spürbar“ beeinflussbar)

Stand: November 2013

Seite 15

Beurteilungskriterien für Zulässigkeit eines Beteiligungsmodells – BÄK (1)



Quelle: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/149174/Unternehmerrische-Betaetigungen-von-Aerztinnen-und-Aerzten-und-Beteiligung-an-Unternehmen>

I. Allgemeine Kriterien:

- Medizinisches Primat und ärztliche Unabhängigkeit
- Trennungsgebot (sachlich / räumlich)
- Gebot der gewissenhaften Berufsausübung
- Transparenzgebot
- Empfehlungs- / Verweisungsverbot
- „Spürbare“ Einflussnahmemöglichkeit auf Ertrag
- „Open“- oder „Closed-Shop“-Prinzip?
- Marktüblichkeit der Konditionen (Arm's-Length-Prinzip)
- Beachtung der berufsrechtlichen Werbeverbote
- „Walk the Talk“
- Konsultation von LÄK oder KV

Stand: November 2013

Seite 16

Beurteilungskriterien für Zulässigkeit eines Beteiligungsmodells – BÄK (2)

Bezug zum Arztberuf (-):

- ✓ Grds. zulässig, soweit mit ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs vereinbar

Bezug zum Arztberuf (+):

- ✓ Gesetzliche **ausdrücklich erlaubte** Tätigkeit (z. B. Kooperation in MVZ)
- ✓ **Sachliche Trennung:**
Beteiligung von HNO-Arzt an Physiotherapieeinrichtung oder von Orthopäden an Hörgeräteakustiker
- ✓ **Räumliche Trennung:**
Orthopäde aus M beteiligt sich an Physiotherapieeinrichtung in B (P: Rückschluss ?)

Stand: November 2013

Seite 17

Sonderproblem: „Mittelbare“ Beteiligung

BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 112/08

„Die Beteiligung eines Verwandten erfüllt den Tatbestand deshalb nur, wenn sie der Verwandte als Treuhänder oder **Strohmann** zur **Umgehung** des § 31 NdsBOÄ für den Arzt hält.“ [Rn. 71 – juris]

„Nahe Verwandte“:

- in **gerader Linie** verwandt oder
- in der **Seitenlinie** bis zum dritten Grad verwandt

(→ Wertung aus § 41 Nr. 3, § 383 Nr. 3 ZPO, Art. 51 EGBGB, § 1589 BGB;
vgl. BGH, aaO, Rn. 70 – juris)

Stand: November 2013

Seite 18

Cave: Empfehlungsverbot, § 31 Abs. 2 MBO-Ä

BGH, Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 112/08 – *Hörgeräteversorgung II*

- Schutzgut – Wahlfreiheit des Patienten – ist schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt dem Patienten **von sich aus** einen **bestimmten Leistungserbringer** empfiehlt.
- Problematisch daher: **Plakate, Flyer, Visitenkarten, Gutscheine, Rezeptaufdruck etc.**
- Anders: wenn Patient um Empfehlung **bittet** (Fürsorgepflicht aus Behandlungsvertrag)
- Ohne „hinreichenden Grund“ sind daher **grundsätzlich alle in Betracht kommenden LE** zu nennen (Cave: weite Auslegung, vgl. OLG Schleswig v. 14.01.2013 (Az. 6 U 16/11))
 - „Hinreichende Gründe“ können sein:
 - Qualität der Versorgung,
 - Vermeidung von Wegstrecken bei gehbehinderten Patienten,
 - schlechte Erfahrungen.
 - „Hinreichender Grund“ muss in der Person des Patienten begründet liegen, daher (-) bei:
 - größere Bequemlichkeit,
 - gute Erfahrungen,
 - hohe fachliche Kompetenz.

Stand: November 2013

Seite 19

Rechtsfolgen bei Verstößen

1. **Berufsrechtliche Sanktionen:**
 - Rüge (ggf. iVm Ordnungsgeld),
 - Verwarnung,
 - Verweis,
 - Entziehung des passiven Berufswahlrechts,
 - Geldbuße bis zu 50.000 Euro,
 - Feststellung der Unwürdigkeit / Unzuverlässigkeit,
 - Approbationsentzug durch Approbationsbehörden.
2. **Zivilrechtliche Sanktionen:**
 - **Vertragsnichtigkeit**, § 134 BGB, aber: keine Rückforderung bereits geleisteter (unzulässiger) Zuwendung, vgl. § 817 S. 2 BGB
 - **Schadensersatz** gem. § 823 Abs. 2 iVm 30 ff. MBO-Ä
 - Wettbewerbsrechtliche Sanktionen (§ 3, 4 Nr. 11, 8, 9, 12 UWG):
 - § 8 **Beseitigung** und **Unterlassung** (verschuldensunabhängig)
 - § 9 **Schadensersatz** (Verschulden erforderlich)
 - § 242 BGB iVm 3, 9 UWG **Auskunft** (Vss. Für SE-Anspruch)
 - § 10 **Gewinnabschöpfung** (Vorsatz erforderlich)
 - § 12 Abs. 3 UWG **Veröffentlichungsbefugnis** (bei berechtigtem Interesse)

Stand: November 2013

Seite 20

DIERKS + BOHLE

116. Deutscher Ärztetag
Hannover, 28.05. - 31.05.2013

TOP I Gesundheits-, Sozial- und ärztliche Berufspolitik

Korruption

I-07 Für Transparenz im Gesundheitswesen

I-13 Kein Sonderstrafrecht für Ärzte

I-48 Kein genereller Bestechungs-/Korruptionsstrafbestand nur für Ärzte

I-18 Korruption im Gesundheitswesen

I-28 Ärztenitiative gegen Korruption

I-30 Verlorenes Vertrauen wieder gewinnen

I-45 Korruption und Fortbildung

I-50 Physicians Payment Sunshine Act

116. Deutscher Ärztetag
28.05.-31.05.2013 in Hannover

- I-07: Für Transparenz im Gesundheitswesen
Offenlegung möglicher Interessenkonflikte durch Zusammenarbeit mit der Industrie (z. B. durch Plakat in Wartezimmer oder im Internet)
- I-13: Kein Sonderstrafrecht für Ärzte
Kein auf Ärzte beschränktes Sonderstrafrecht im SGB V, sondern StGB.
- I-48: Kein genereller Bestechungs-/Korruptionsstrafbestand nur für Ärzte
Ähnlicher Inhalt, wie vor. Erstreckung eventueller Strafnorm auch auf andere Akteure im GesW, insbes. KVen.
- I-18: Korruption im Gesundheitswesen
U. a. Industriefreiheit von CME-Veranstaltungen. Förderung der wissenschaftlichen Unabhängigkeit von med. Fachkongressen. Einrichtung eines industrie-finanzierten FoBi-Fonds.
- I-28: Ärztenitiative gegen Korruption
Aufforderung an Ärztekammern, Korruptionstatbestände im ärztlichen Standesrecht aufzuführen und zu sanktionieren.
- I-30: Verlorenes Vertrauen wiedergewinnen
Aufforderung der Ärztekammern, die bestehenden Sanktionsmaßnahmen bei ärztlichem Fehlverhalten zu überprüfen. Aufforderung an BÄK für 117. Ärztetag (2014): Überblick über über festgestelltes ärztliches Fehlverhalten vorlegen.
- I-45: Korruption und Fortbildung
U. a. Verbot von Pharmawerbung im Vortragssaal. Offenlegung von Interessenkonflikten der aktiven Teilnehmer. Unzulässigkeit einer vorherigen Einsichtnahme in die Referentenfolien durch Industrie. Pharmamitarbeiter nur noch in begründeten Ausnahmefällen als Referenten.
- I-50: Physicians Payment Sunshine Act
(Politisches Lobbying) für Offenlegung aller Zuwendungen der Industrie an Ärzte nach dem Vorbild des Physicians Payment Sunshine Act in den USA.
- Antrag IV-37
Ersatzlose Streichung des bisherigen § 32 Abs. 2 MBO-Ä (Möglichkeit der Übernahme von Reise- und Übernachtungskosten durch die Industrie; interne und externe Veranstaltungen betroffen). „Null-Euro-Grenze“ bei § 32 Satz 1 MBO-Ä durch Streichung der Einschränkung („Entstehung des Eindrucks der Beeinflussung. Generelles Sponsoring von Veranstaltungen soll weiterhin möglich sein).

Stand: November 2013

Seite 21

DIERKS + BOHLE

Positionspapier der BÄK zur
Bundestagswahl 2013

Positionspapier zur Bundestagswahl

30.09.2013

1) Dualis Krankenversicherungssystem fortentwickeln

Die Ärztschaft plädiert für eine Fortentwicklung des Krankenversicherungssystems auf Grundlage der Qualität von gesetzlicher Krankenversicherung (GKV) und privater Krankenversicherung (PKV). Der Wettbewerb zwischen GKV und PKV garantiert einen umfangreichen Katalog an Leistungen, von denen letztlich alle Patienten profitieren. Um den Wettbewerb innerhalb der GKV zu stärken, ist es notwendig, den derzeitigen Versicherungsverfall zu einem Einkommensabhängigen und von den Kassen autonom festzusetzenden Gesundheitsbeitrag umzuwandeln. Ein Sozialbudget sichert Geringverdienende vor finanzieller Überforderung. Für jeden in Deutschland geborene Kind sollte ein Gesundheitskonto eingerichtet werden, das als kapitalgedecktes Anpassungsprogramm die finanziellen Folgen der zukünftigen demographischen Entwicklung abfedert.

Die Ärztschaft lehnt dagegen die Einführung einer Bürgerversicherung ab. Die Bürgerversicherung ist nicht gerechter, wie immer behauptet wird, weil Gerechtigkeit eben nicht Einkommensabhängigkeit und Ausschluss von Wahlfreiheit bedeutet. Sie führt hingegen unausgeglichen zu einer Zwei-Klassen-Medizin, denn es wird immer Bürger geben, die für schnelleren, komfortablen Leistungen aus eigenem Vermögen mehr bezahlen werden. Man wird wieder an der Gesundheit des Reichtums den Menschen erkennen können. Und die Bürgerversicherung ist keines der drängenden Zukunftsprobleme der GKV. Demographie der Bürger, Demographie der Leistungserbringer im Gesundheitswesen. Translation von medizinischem Fortschritt in die tägliche Versorgung. Ohne Wettbewerb um die beste Versorgung wird es keinen Fortschritt geben. Die Bürgerversicherung stiehlt ausschließlich die Macht der Krankenkassen und ihrer Funktionäre. Dies lehnen wir ab.

8) Sunshine Act

Um einen wachsenden Einfluss der pharmazeutischen und Geräteindustrie auf die Medizin zu verhindern, müssen **alle Zuwendungen der Industrie an Ärzte und weitere Beteiligte offengelegt werden**. Umgesetzt werden könnte dies **nach dem Vorbild des US-amerikanischen „Physicians Payment Sunshine Act“**.

Danach müssten:

alle finanziellen und Sachleistungen
Name und Adresse,
Anbieter,
Wert,
Datum,
Art der Zuwendung
finanzielle Beteiligung von Ärzten an Herstellerfirmen und Einkaufsorganisationen

offengelegt werden.

Die Ärztschaft fordert die Politik auf, die rechtlichen Vorgaben für eine solche Regelung zu schaffen.

Stand: November 2013

Seite 22

11

III. BETEILIGUNGSMODELLE AUF DEM PRÜFSTAND DES SGB V

Stand: November 2013

Seite 23

§ 128 SGB V

- Einführung des § 128 SGB V durch das **GKV-OrgWG** v. 05.12.2008
→ Regelung beschränkt auf **Hilfsmittelbereich**
- Änderung / Ergänzung durch „**15. AMG-Novelle**“ vom 17.07.2009
→ u. a. Erstreckung auf **Arzneimittelbereich** durch sog. „Pharmaklausel“
- Änderung / Ergänzung durch **GKV-VStrG** vom 22.12.2011
→ u. a. Erstreckung auf **Heilmittelbereich**

Inhalte:

- **Depotverbot** (§ 128 Abs. 1 SGB V)
- **Beteiligungsverbot** (§ 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Fall SGB V)
- **Zuwendungsverbot** (§ 128 Abs. 2 Satz 1, 2. Fall SGB V)
- **„IGeL-Verbot“** (§ 128 Abs. 2 Satz 2 SGB V)

Stand: November 2013

Seite 24

Ziele des § 128 SGB V

- **Unterbindung von Fehlentwicklungen** in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten.
- **Schutz des Wahlrechts** von Versicherten.
- **Unabhängigkeit der Versorgungspraxis** und der Tätigkeit der Vertragsärzte von wirtschaftlichen Anreizen.
- **Verhinderung nicht gerechtfertigter Wettbewerbsvorteile** nichtärztlicher Leistungserbringer.

[Gesetzesbegründung GKV-OrgWG, BT-Drs.: 16/10609, 15.10.08]

Stand: November 2013

Seite 25

Privilegierungen besonderer Versorgungsformen

§ 63 Abs. 2 SGB V (Modellvorhaben):

„Bei der Vereinbarung und Durchführung von Modellvorhaben (...) kann **von den Vorschriften des Vierten (...) Kapitels dieses Buches (...) abgewichen** werden; (...)“

§ 140b Abs. 4 SGB V (Integrierte Versorgung):

„Die Verträge können **Abweichendes von den Vorschriften dieses Kapitels**, (...) insoweit regeln, als die abweichende Regelung dem Sinn und der Eigenart der integrierten Versorgung entspricht, die Qualität, die Wirksamkeit und die Wirtschaftlichkeit der integrierten Versorgung verbessert oder aus sonstigen Gründen zu ihrer Durchführung erforderlich ist“

§§ 73b Abs. 5 S. 4 und 73c Abs. 4 S. 3 SGB V (Hausarztzentrierte und besondere spezialfachärztliche Versorgung)

„Die [Einzel]Verträge können **Abweichendes von den Vorschriften dieses Kapitels** sowie den nach diesen Vorschriften getroffenen Regelungen regeln.“

Stand: November 2013

Seite 26

Das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 2 S. 1, 2. Fall SGB V

1. Nach § 128 Abs. 2 Satz 1 2. Fall SGB V ist die Gewährung sämtlicher Zuwendungen in Form von Geld oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteilen „**im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfs-, Heil und Arzneimitteln**“ unzulässig.
2. Als Beispielsfälle für „**unzulässige Zuwendungen**“ werden in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V aufgeführt:
 - unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien,
 - die Durchführung von Schulungsmaßnahmen,
 - die Gestellung von Räumen und Personal und
 - die Beteiligung an den Kosten für hierfür;
 - **Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen**

Stand: November 2013

Seite 27

Das Zuweisungsverbot des § 73 VII SGB V

„Es ist Vertragsärzten nicht gestattet, für die Zuweisung von Versicherten ein Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile sich versprechen oder sich gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. **§ 128 Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend.**“

Stand: November 2013

Seite 28

DIERKS + BOHLE

P₁: Wie ist § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V nach dem GKV-VStG zu verstehen?

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V **a. F.** (vor GKV VStG):

„³**Wirtschaftliche Vorteile** im Sinne des Satzes 1 sind“

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V **n. F.** (nach GKV-VStG):

„³**Unzulässige Zuwendungen** im Sinne des Satzes 1 sind“

Bisher also:

Unzulässige Zuwendung = Wirtschaftlicher Vorteil + Verordnungszusammenhang

↓

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V

↓

Beispielkatalog für **TB-Merkmal**

Stand: November 2013 Seite 29

DIERKS + BOHLE

P₁: Wie ist § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V nach dem GKV-VStG zu verstehen?

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V **a. F.** (vor GKV VStG):

„³**Wirtschaftliche Vorteile** im Sinne des Satzes 1 sind“

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V **n. F.** (nach GKV-VStG):

„³**Unzulässige Zuwendungen** im Sinne des Satzes 1 sind“

Jetzt:

Unzulässige Zuwendung = § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V

↓

Subsumtionsergebnis → unwiderlegliche Vermutung ?

- Redaktionsversehen?
- Verfassungskonforme Auslegung!

Stand: November 2013 Seite 30

DIERKS + BOHLE

P₂: Qualität der „Unrechtsvereinbarung“

Was heißt „in Zusammenhang mit der Verordnung“?

Konkrete Unrechtsvereinbarung	„Gelockerte Unrechtsvereinbarung“
• 299 StGB: „als Gegenleistung dafür“ • §§ 332, 334 StGB: „als Gegenleistung dafür“ • 31 Abs. 1 MBO-Ä: „für die Zuweisung (...)“ • § 73 VII SGB V: „für die Zuweisung (...)“	• §§ 331, 333 StGB: „für die Dienstausbübung“ • § 32 Abs. 1 MBO-Ä: „wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“ • § 128 SGB V: „im Zusammenhang mit der Verordnung“

Stand: November 2013
Seite 31

DIERKS + BOHLE

P₃: Tatsächliche Einflussnahme vs. Potential?

I. Berufsrecht (BÄK):

- wenn Zuweisung durch den Arzt zu einer persönlich zuzuordnenden Steigerung des Umsatzes **beitragen kann**, liegt Fehlverhalten nach § 31 Abs. 1 MBO-Ä vor
- **indirekte Möglichkeit** zur Erlangung einer Gegenleistung, die über gesellschaftsrechtliche Beteiligung oder Gewinnbezugsrechte besteht, reicht aus (vgl. BGH v. 23.02.2012 – I ZR 231/10).“

II. Vertragsarztrecht (§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V):

„Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch (...) Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst **maßgeblich** [Anm.: Berufsrecht: „spürbar“] **beeinflussen (kann)**.“

Beschlussempfehlung des 14. Gesundheitsausschusses zur Streichung des Wortes „kann“
iRd Gesetzgebungsverfahren zum GKV-VStRG (BT-Drs. 17/8005; S. 119, „Zu Nummer 46; Buchst. a“):

„Mit der Streichung des Worts „können“ wird klargestellt, dass das Zuwendungsverbot auf eine **tatsächliche Beeinflussung** des Verordnungs- oder Zuweisungsverhaltens von Vertragsärztinnen und -ärzten abstellt. Dies trägt zur Rechtssicherheit bei.“

Stand: November 2013
Seite 32

Rechtsfolgen bei Verstößen, § 128 Abs. 3 SGB V

1. Krankenkassen stellen Sanktionierung **vertraglich** sicher (Vertragsstrafen, § § 339 ff. BGB).
- Häufige Sanktionen** (abhängig von Intensität des Verstoßes):
 - Verwarnung
 - Entfall des Vergütungsanspruches
 - Vertragsstrafe
 - Wegfall der Versorgungsberechtigung
2. Bei **wiederholten oder schwerwiegenden Verstößen** (insbes. bei Zuwendungen in erheblicher Höhe oder über einen längeren Zeitraum): **Versorgungsausschluss für die Dauer von bis zu zwei Jahren.**
3. § 128 Abs. 5a SGB V: Klarstellung, dass Vertragsärzte, die gegen Zuwendungsverbot verstoßen, gegen ihre **vertragsärztlichen Pflichten** verstoßen → Verwarnung, Verweis, Geldbuße bis zu 10.000 Euro, Ruhen der Zulassung oder der vertragsärztlichen Beteiligung bis zu zwei Jahren. Bei gröblicher Verletzung: Entziehung der Zulassung durch Zulassungsausschuss).
4. „Pharmaklausel“ des § 128 Abs. 6 SGB V läuft bei **AM-Versorgung weitgehend leer**, da LE dort anders als bei Heil- und Hilfsmitteln nicht im Vertragsweg, sondern auf Basis AM-rechtlicher Zulassung ; zu PU bestehen seitens KVen nur vereinzelt **punktueller vertragliche Rechtsbeziehungen** (§ 130a Abs. 8 SGB V, § 130b SGB V)
5. § 128 SGB V ist Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG.

Stand: November 2013

Seite 33

Leitfaden der KBV



<http://www.kbv.de/42541.html>

Zu den Unternehmensbeteiligungen,
s. S. 7.

Stand: November 2013

Seite 34

III. BETEILIGUNGSMODELLE AUF DEM PRÜFSTAND DES STGB

Stand: November 2013

Seite 35

Korruptionsdelikte des StGB – Status Quo

§§ 331, 333 StGB	§§ 332, 334, 335	§ 299, 300 StGB
- aktiv / passiv „gelockerte Unrechtsvereinbarung“ (→ „für die Dienstausübung“) - Genehmigungsfähigkeit, §§ 331 III, 333 III - Auslandsstrafbarkeit (-)	- aktiv / passiv „konkrete Unrechtsvereinbarung“ (→ „als Gegenleistung für pflichtwidrige Diensthandlung“) - keine Genehmigungsfähigkeit - Auslandsstrafbarkeit (+), EuBestG, IntBestG	- aktiv / passiv „konkrete Unrechtsvereinbarung“ (→ „als Gegenleistung für unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb“) - keine Genehmigungsfähigkeit, aber Prinzipal kein tauglicher Täter - Auslandsstrafbarkeit (+), § 299 Abs. 3 StGB
Amtsträgerkorruption		Privatrechtsbestechung

Stand: November 2013

Seite 36

Anwendungsbereich der Korruptionstatbestände nach der Entscheidung des Großen Strafsenates



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

GSSSt 2/11

vom
29. März 2012

Nachschlagewerk: ja
BGHSt: ja
Veröffentlichung: ja

StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a, § 200

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 200 StGB.

BGH, Beschluss vom 29. März 2012 - GSSSt 2/11 - LG Hamburg

in der Strafsache
gegen

wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr

„Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 200 StGB.“

Stand: November 2013

Seite 37

Der „Fingerzeig“ des Großen Strafsenates

Pressemitteilung vom 22.06.2012 und ähnlich auch im „Abbinder“ in den Entscheidungsgründen (GSSSt 02/11, Rn. 46):

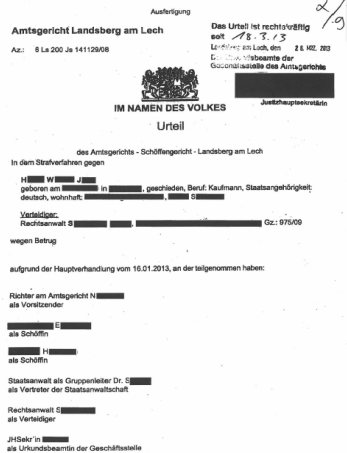
„Der Große Senat für Strafsachen hatte nur zu entscheiden, ob korruptives Verhalten von Kassenärzten und Mitarbeitern von Pharmaunternehmen **nach dem geltenden Strafrecht** strafbar ist. Das war zu verneinen.

Darüber zu befinden, ob die Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig ist und durch Schaffung entsprechender Straftatbestände eine effektive strafrechtliche Ahndung ermöglicht werden soll, ist Aufgabe des Gesetzgebers.“

Stand: November 2013

Seite 38

„Ausweichbewegungen“ in der Rechtsprechung



- Verurteilung des GF eines Hilfsmittellieferanten (GKV) zu Gesamtfreiheitsstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten (aB) wegen 941 tatmehrheitlich begangener Betrugsdelikte (bes. schwerer Fall – Gewerbsmäßigkeit)
- Abgabe von Hilfsmitteln (Bandagen, Kompressionsstrümpfe etc.) über „Strukturnetz“ von **Hilfsmitteldepots** in Arztpraxen im ges. Bundesgebiet
- Begründung allerdings auf Hilfsmittellieferverträge (§127 SGB V), nicht direkt auf § 128 SGB V gestützt

Stand: November 2013

Seite 41

Vier Prinzipien der Antikorrupption

Äquivalenzprinzip

Trennungsprinzip

Transparenzprinzip

Dokumentationsprinzip

Stand: November 2013

Seite 42

Die GOÄ – „Safe Harbor“ ?

- **OLG Düsseldorf (-)** (Urteil vom 1.09.2009, Az.: I-20 U 121/08, 20 U 121/08, Rn. 50) :
 - Vergütung nach GOÄ ist „**attraktiv**“ (weil höher und extrabudgetär);
 - daher sei „**ohne weiteres damit zu rechnen**, dass zumindest ein **erheblicher Teil der Ärzte** bei mehreren in Betracht kommenden, qualitativ gleichwertigen Alternativen seinem Patienten diejenige empfehlen wird, von der er selbst einen wirtschaftlichen Vorteil hat (...)“
 - Aber: Kooperationsvertrag sah in casu auch **Verpflichtung** zur Empfehlung des Kooperationskrankenhauses vor
- **BGH** (Urteil vom 12.11.2009, Az. III ZR 110/09): **GOÄ** auf Vereinbarungen zwischen KH-Trägern und niedergelassenen Ärzten über Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen **nicht anwendbar**
- **Gesundheitssausschuss des BT** (Beschlussempfehlung zu §§63f und 63g AMG n. F. iRd 3. AMGuaÄndG vom 05.06.2013 (BT.-Drs. 17/13770):
 - GOÄ ist Anhaltspunkt
 - Die Kalkulation einer Entschädigung (für NIS) in Anlehnung an GOÄ stellt grds. keinen Anreiz für bevorzugte Verschreibung dar, aber Einzelfallprüfung “

Stand: November 2013

Seite 43



DIERKS + BOHLE
RECHTSANWÄLTE

Dr. iur. Daniel Geiger
Kurfürstendamm 195, D – 10707 Berlin
Tel: 030 - 327 787 44 | Fax: 030 - 327 787 77
geiger@db-law.de
www.db-law.de

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit